

COLUSÃO : ARTIGO 129 DO CPC : apelação de terceiro prejudicado

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO*

*Ministro Aposentado do Superior Tribunal de Justiça,
Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual e
Membro da Academia Brasileira de Letras jurídicas.*

SUMÁRIO. I - Da Declaração de Colusão, Dever do Juiz - CPC, Art. 129; II - Do Jurídico Interesse do Terceiro Prejudicado, em Recorrer da Sentença Pronunciada no Processo Simulado.

I - Da Declaração de Colusão, Dever do Juiz - CPC, Art. 129

1. Colusão é o conluio, o "ajuste fraudulento entre duas ou mais pessoas, em prejuízo de terceiros" (*Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, 5ª ed., 1998, organizado por Othon Sidou). É, portanto, o acordo reservado entre as partes para litigar simuladamente em torno de um direito. Diz, outrossim, do acordo sigiloso visando ao prejuízo de terceiros (CPC, art. 129) (*Dicionário Enciclopédico de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos*, Forense, 1997, v. I, por Iedo Batista Neves).

Humberto Theodoro Júnior, buscando distinguir a "simulação" da "fraude", refere que nesta o ato prejudicial é verdadeiro; naquela, é falso, não passando de mera aparência, "destinada a dissimular a realidade" no tocante à natureza, aos participantes, ao beneficiário ou às modalidades da operação realizada (José Loiz Estevez, *Teoría del Fraude en el Proceso Civil*, p. 19).

* Aposentado do cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 29/10/1993.

E prossegue:

"Há processo simulado, com fraude à lei, quando as partes concordam com um processo, simulando uma lide, para tentar atingir, pela sentença, um resultado que a lei veda. O processo será fraudulento quando utilizado para causar, indevidamente, um prejuízo a interesse de terceiro. Em ambos os casos, o que se pune não é propriamente a simulação da lide em si, mas a intencional nocividade do processo (Pereira Braga, *Exegese*, v. II, p. 317/ 318; Castro Filho, ob. cit., p. 95/96). As duas figuras fraudulentas foram coibidas pelo Código de 1939, em seu art. 115, onde se impôs ao juiz proferir decisão que obste ao objetivo das partes que se servem do processo para realizar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei. Igual comando se encontra no art. 129 do atual Código" (artigo na coletânea *Abuso dos Direitos Processuais*, Forense, coord. por Barbosa Moreira, Forense, 2000, p. 96).

Antônio Dall'Agnol, comentando a norma processual civil, disse que "haverá simulação quando as partes aparentam litígio, que não entretém, com a finalidade de encobrir ato ilícito. Já em fraude se fala quando o objetivo é, com o ato, prejudicar terceiro" (*Comentários ao CPC*, RT, v. II, 2000, p. 128). Ao salientar a gravidade do problema, Luigi Carraro declara que "todos sentimos como uma exigência fundamental da vida jurídica a necessidade de impedir que alguém obtenha proveito da própria fraude" (*Apud* Alvino Lima, *A Fraude no Processo Civil*, Saraiva, 1965, p. 4).

Em sede doutrinária, cuidando da demanda rescisória, após afirmar que "havendo dolo de ambas as partes em detrimento de terceiro, exsurge a figura jurídica da colusão", o Min. Luiz Fux, do STJ, menciona:

Recorde-se que a colusão, quando descoberta a tempo, deve ser obstada através da utilização pelo juiz da regra do art. 129 do CPC, que o habilita a extinguir o processo sem julgamento do mérito, declinando que as partes dele se estão utilizando para fins proibidos" (*Curso de Direito Processual Civil*, Forense, 2001, p. 733).



2. Declarar a colusão, quando a encontre provada, é dever do juiz, a ser cumprido até mesmo de ofício, segundo disposição expressa do Código de Processo Civil:

Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.

O vigente diploma processual civil, portanto, manteve, com pequena alteração redacional, norma similar do Código de 1939, *verbis*:

Art. 115. Quando as circunstâncias da causa o convencerem de que autor e réu se serviram do processo para realizar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá decisão que obste a este objetivo.

3. No CPC de Portugal, sob a rubrica "Uso anormal do processo", está o art. 665, com o teor seguinte:

"Art. 665. Quando a conduta das partes ou quaisquer circunstâncias da causa produzam a convicção segura de que o autor e o réu se serviram do processo para praticar um ato simulado ou para conseguir um fim proibido por lei, a decisão deve obstar o objetivo anormal perseguido pelas partes."

Note-se a referência, no CPC de Portugal, à "*conduta das partes*" e às "*circunstâncias da causa*" como motivadoras da decisão judicial hábil a impedir o "objetivo anormal" pretendido em conluio pelas partes; ou, no dizer do Código brasileiro, o juiz "*proferirá decisão que obste aos objetivos das partes*".

Como está no magistério do muito saudoso Celso Agrícola Barbi: "O poder do juiz, para a repressão da fraude, é amplo, cabendo-lhe velar pela dignidade da Justiça, nos termos do item III do art. 125. Usando dele, *dará a solução que as circunstâncias aconselharem* em cada caso de processo simulado ou fraudulento" (*Comentários ao CPC*, Forense,



v. II, 10^a ed., 1998, n° 696) (grifamos). E na lição de Humberto Theodoro Júnior: "Para coibir a má-fé e velar pela lealdade processual o juiz deve agir com poderes inquisitoriais, *deixando de lado o caráter dispositivo do processo civil*" (*Curso de Direito Processual Civil*, Forense, v. I, 37^a ed., n° 26, p. 26) (grifamos).

Esta norma legal inclusive implica "brecha que o Código abre ao princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte" (Daniel Francisco Mitidiero, *Comentários ao CPC*, Memória Jurídica Editora, 2004, n° 352, p. 547).

Impende afirmar desde logo: se assim é, cumpre afirmar a admissibilidade do recurso de terceiro prejudicado onde é alegada colusão.

4. A respeito, igualmente mui interessante o magistério de Pontes de Miranda, no alusivo ao art. 129, quando refere que no Código de Processo Civil de Portugal, art. 665, o qual "... foi a fonte do art. 115 do CPC de 1939, falava-se de 'conduta das partes e quaisquer circunstâncias da causa'. Na regra jurídica brasileira, somente são referidas as 'circunstâncias da causa'. Na lei portuguesa, a conduta das partes e quaisquer circunstâncias da causa, aliás 'ou' quaisquer circunstâncias da causa, produzem a convicção. Pergunta-se: o fato de ter riscado a 'conduta das partes', significa que o legislador brasileiro limitou o pressuposto a quaisquer circunstâncias da causa? A resposta há de ser negativa: primeiro, porque a simulação e a fraude à lei têm que ser provadas, no íntimo do juiz, pelas circunstâncias da causa, circunstâncias interiores ao juízo e circunstâncias exteriores ao processo, mas envolventes dele; segundo, porque a conduta das partes é uma das circunstâncias mais importantes da causa" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, 1974, p. 372).



O dever do juiz de atuar, inclusive *de ofício e mesmo fora dos limites da lide*, a fim de impedir os efeitos da colusão, é por Pontes peremptoriamente afirmado:

A característica de tal poder do juiz, *estranho à delimitação do pedido em que tradicionalmente sempre se pôs o juiz*, consiste em ter ele (verbo 'proferirá') de obstar ao objetivo indevido da parte. A parte adversa não lho pediu, ou lho pediu, ou lho sugeriu no curso da causa, Não importa. Os atos que ele pode impedir invocando o art. 129 foram considerados pelo Estados independentes de qualquer das partes ... (*omissis*)... o art. 129 funciona no processo, se queremos conservar os princípios que regem o direito processual, como *pedido do Estado para que se coarcte a atividade daninha de qualquer dos litigantes, autor ou réu. Pedido permanente e para quaisquer processos*" (ob. cit., p. 370) (grifamos).

II - Do Jurídico Interesse do Terceiro Prejudicado, em Recorrer da Sentença Pronunciada no Processo Simulado

5. Em um caso concreto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro conheceu da apelação de terceiro prejudicado, oposta nos termos do art. 499 e § 1º do CPC, sob o fundamento maior de que este terceiro realmente estaria sendo juridicamente prejudicado, ante a existência "de um verdadeiro complô entre as partes na ação possessória".

Juridicamente prejudicado? Sim, prejudicado em *direito e interesses* seus, como proprietário e possuidor da extensa e rentável gleba, da qual "grileiro" pretende apossar-se, para tanto apresentando inválido título de domínio e buscando afirmar *posse "adquirida" do vencedor (?) da ação possessória simulada*.

Aliás, interessante mencionar que Nelson Nery Júnior, em comentário ao art. 129 do CPC, aponta como exemplo de *processo simulado* o da ação possessória, "em conluio entre autor e réu, sem contestação ou oposição deste, às falsas alegações de posse longa, com a finalidade de fazer prova pré-constituída para futura ação de usucapião



(simulação de existência do ato jurídico de ofensa à posse do autor)" (*Código de Processo Civil Comentado*, RT, 2ª ed., 1996, p. 553).

6. Conforme dispõe o art. 499 do CPC, o *terceiro prejudicado* pode recorrer, mas, para tanto, nos termos do § 1º,

§ 1º Cumpre ao terceiro demonstrar o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial.

Tem sido observado, com inteira razão, que essa redação não é imune à crítica, porquanto em realidade o "interesse em intervir" é que resulta da relação de interdependência entre a relação jurídica de que é titular o terceiro que pretende recorrer, e a relação jurídica tal como definida na decisão judicial a ser impugnada (assim Barbosa Moreira, *Comentários ao CPC*, Forense, v. V, 12ª ed., nº 164, p. 294; Flávio Cheim Jorge, *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*, Forense, 2003, nº 9.2.2.2., p. 89).

Barbosa Moreira aduz que não pode haver "nexo de interdependência, em sentido próprio, entre coisas por natureza tão heterogêneas como um '*interesse*' e uma '*relação jurídica*'; haverá, isto sim, tal nexo entre "*duas relações jurídicas*", uma a existente entre as partes no processo; outra, a (alegadamente) existente entre o terceiro e parte, o que explica a possibilidade de a decisão judicial causar um "prejuízo" ao terceiro (*ob.cit.*, nota de rodapé 21). Como explica Flávio Cheim, o julgamento da primeira relação jurídica atinge esta última, por seus efeitos reflexos, embora a sentença não a tenha apreciado, nem decidido (*ob. cit.*, p. 90, e nota de rodapé nº 40).

7. Teresa Arruda Alvim Wambier explica que a norma legal, a rigor, não descreve a situação "do *interesse* do terceiro, mas da *legitimidade*. A situação que legitima o terceiro: é o nexo de



interdependência entre a relação jurídica de que é titular e aquela que está *sub judice*. Assim deve ser lido esse dispositivo" (Os Agravos no CPC Brasileiro, RT, 3ª ed., 2000, p. 348).

Vale aditar o asserto de Barbosa Moreira, no sentido de que "apesar, pois, da obscuridade do dispositivo ora comentado, no particular, entendemos que a legitimação do terceiro para recorrer postula a titularidade de *direito* (*rectius*: de *suposto direito*) em cuja defesa ele acorra. Não será necessário, entretanto, que tal direito haja de ser defendido de maneira *direta* pelo terceiro recorrente: basta que a sua esfera jurídica haja sido atingida pela decisão, embora por via *reflexa*. É essa, aliás, a linha hermenêutica sugerida pela própria tradição do direito luso-brasileiro" (*ob. cit.*, p. 295-296).

Destarte, o interesse jurídico do terceiro prejudicado, que o habilita a interpor recurso, volta-se à "remoção de um julgado que de algum modo constitua concreto precedente sobre seus interesses jurídico-materiais"; daí falar a lei no nexo de dependência entre seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida pelas partes à apreciação judicial. "Na realidade, ele não terá legitimidade para intervir recorrendo, se não houver nexo algum" (Cândido Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, Malheiros, t. II, 2001, nº 598, p. 390).

8. "O CPC português, no art. 335.2, diz que 'para que haja interesse jurídico, capaz de legitimar a intervenção, basta que o assistente seja titular de uma relação jurídica cuja consistência prática ou econômica dependa da pretensão do assistido' *Mutatis mutandis*, direi que, ocorrendo a situação prevista na norma transcrita, o terceiro estará legitimado a recorrer" (*Comentários ao CPC*, RT, v. VII, 2ª ed., 1977, p. 61).

Notemos que Cassio Scarpinella Bueno lembra, mui a propósito, que embora as figuras do assistente e do terceiro recorrente



sejam bastante próximas, "o recurso de terceiro prejudicado *tende a abranger um maior número de situações que a assistência, considerando sua própria tipicidade* (CPC, art. 499, § 1º), é dizer: nem todo aquele que pode recorrer na qualidade de terceiro prejudicado teria condições para pleitear ingresso em ação pendente como assistente, seja na forma simples ou na litisconsorcial" (*Partes e terceiros no processo civil brasileiro*, Saraiva, 2003, p. 170) (grifamos).

A proposição de Cássio Scarpinella, de que o recurso de terceiro prejudicado "*tende a abranger um maior número de situações que a assistência, considerando sua própria tipicidade*", reflete o preciso magistério de Barbosa Moreira, no sentido de ser suficiente, para a legitimação recursal do terceiro, que a esfera jurídica do recorrente haja sido atingida pela decisão recorrida, "*embora por via reflexa*".

Nada importa, vale proclamar, que o terceiro apelante suscite interesse jurídico outro que não estrita e rigorosamente o de "assistente de uma das partes"; *nos casos de colusão*, ao terceiro que possa resultar prejudicado em seu interesse legítimo é lícito propor ao juiz, ou *incidenter*, ou apelando da sentença, a declaração da simulação e a prolação de novo provimento jurisdicional "*que obste aos objetivos das partes*", conforme dispõe o art. 129 do CPC.

9. Na espécie pode apresentar-se, outrossim, como *incabível o recurso especial*, sob pena de a Corte Superior, "convertida" em tribunal de apelações, ser conduzida ao reexame de *matérias de fato*, em ostensiva ofensa ao Enunciado nº 7 da Súmula do STJ.

Com exatidão disse Antônio Dal'Agnol, em seus comentários ao art. 129 do diploma processual civil:

Originando-se o convencimento do juiz das circunstâncias da causa, dificilmente terá acesso pretensão, quando fundada



em simples *reexame de prova*, à revisão extraordinária - seja através do especial, seja através do extraordinário em sentido estrito - porquanto exigirá exame de matéria de fato, a ferir os Enunciados ns. 7 e 279, respectivamente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (*Comentários ao CPC*, Ed. RT, v. II, 2000, p. 131).

Este é antigo entendimento do Pretório Excelso: "As circunstâncias que levam as instâncias ordinárias a concluir pela colusão entre as partes constituem matéria de fato e não podem ser revistas na instância extraordinária. O trancamento da ação, nesse caso, tem apoio legal" (RE 83.125, 2ª Turma, j. 03.10.1975, Rel. Min. Xavier de Albuquerque).

10. Finalmente, assinalemos que o Superior Tribunal de Justiça, por sua eg. 3ª Turma, apreciando o REsp 740.957 (interposto da decisão do TJRJ referida no item 5), por aresto unânime de 06.10.2005 e sendo relator o eminente Ministro Castro Filho, decidiu sob a ementa seguinte:

RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. TERCEIRO PREJUDICADO. POSSIBILIDADE. - Para recorrer na condição de terceiro prejudicado (art. 499, § 1º, do CPC), o terceiro prejudicado deve demonstrar interesse jurídico, derivado do nexo de interdependência entre o seu interesse em intervir e a relação jurídica firmada pela sentença. - Admitido isso, à luz dos fatos, é de se manter a decisão impugnada. - Recurso especial não conhecido.

